



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI BOLOGNA

Terza sezione

riunita in camera di consiglio e così composta:
dr./dr.ssa Anna De Cristofaro Presidente
dr./dr.ssa Lucia Ferrigno Consigliere
dr./dr.ssa Luciano Varotti Consigliere rel.
ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile in 2° grado iscritta al n° 2314 del
ruolo generale dell'anno 2017, vertente
t r a

[REDACTED] elettivamente do-
miciliata in Bologna, via Ugo Bassi 3, rappresentata e
difesa dall'avvocato per procura generale alle liti.

Appellante

Appellata incidentale

e

[REDACTED]
to, elettivamente domiciliata in Bologna, via Santo
Stefano 3, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovan-
ni Cedrini per procura in calce alla comparsa di costi-
tuzione e risposta.

Appellata

Appellante incidentale

conclusioni

Per [REDACTED]: Piaccia all'Ecc.ma Corte di Appello adita,
ogni avversa domanda ed eccezione rigettata, previa si
opus sit la rinnovazione della CTU, accogliere l'appel-
lo principale e rigettare quello incidentale per tutti
i motivi di cui in narrativa, riformando i capi della
sentenza 599/2017 Tribunale di Rimini oggetto dell'ap-
pello principale, anche con declaratoria di nullità
della sentenza, accogliendo le seguenti domande: 1) In
via preliminare di merito, considerata la sussistenza
di valida ed efficace clausola compromissoria nei con-
tratti per cui è causa, voglia dichiarare la propria
incompetenza o la improponibilità o improcedibilità o
inammissibilità delle domande ed eccezioni formulate
dalla [REDACTED]; 2) Nel merito, accertati i

fatti di causa, voglia rigettare tutte le domande ed eccezioni ex adverso formulate ed accolte in primo grado, siccome inammissibili e/o infondate in fatto ed in diritto, dichiarando la validità ed efficacia del contratto quadro del 12/05/06, del contratto quadro 06/10/08 e del contratto IRS Multifase (dichiarato nullo in primo grado), revocando quindi l'ordine di sospensione dell'esecuzione (compresi tutti gli addebiti/accrediti, anche ulteriori, dei differenziali positivi e negativi) del contratto Irs Multifase in essere tra la ~~_____~~ e la ~~_____~~ e le eventuali conseguenti segnalazioni riguardanti l'esposizione maturata e maturanda, con ogni conseguenziale provvedimento funzionale alla immediata cessazione degli effetti dei provvedimenti cautelari, a strumentalità attenuata, emanati ante causam; 3) Rigettare tutte le avverse domande ed eccezioni e, per l'effetto, rigettare l'appello incidentale perché inammissibile o infondato in fatto ed in diritto; 4) condannare la ~~_____~~, in persona del legale rappresentante p.t., a pagare o rifondere o restituire alla ~~_____~~, in persona del legale rappresentante p.t., tutto quanto quest'ultima abbia, nelle more del gravame, eventualmente corrisposto alla prima in esecuzione della impugnata sentenza. 5) Con vittoria di spese, competenze ed onorari di lite del doppio grado di giudizio.

Per _____: In via principale, rigettare/respingere, per tutte le causali esposte, l'appello proposto da ~~_____~~ poiché inammissibile/improcedibile e comunque infondato in fatto ed in diritto e, pertanto, rigettare ogni e qualunque domanda e/o pretesa avanzata dall'appellante poiché destituita di fondamento e per, l'effetto, confermare la sentenza n. 599/2017 emessa dal Tribunale di Rimini ad accezione dei capi verso i quali viene proposto Appello incidentale. Appello incidentale: Voglia l'Ecc.ma Corte di Appello, in parziale riforma della sentenza impugnata: A) accertare e dichiarare, per tutte le causali esposte in narrativa, che l'ammontare dei differenziali versati da ~~_____~~ per effetto dell'irs multifase del 02-03.10.2008, dichiarato nullo dal Tribunale di Rimini con la sentenza n. 599/2017, è pari ad euro 599.193,01, o quella maggiore o minore che verrà ritenuta provata o di giustizia, e, per gli effetti, condannare ~~_____~~, in persona del legale rappresentante pro tempore, a corri-

spondere la somma di euro 599.193,01, o quella maggiore o minore che verrà ritenuta provata o di giustizia, oltre agli interessi legali maturati e maturandi dalla data di ogni pagamento (e non dalla domanda giudiziale) al saldo effettivo, oltre al maggior danno ex art. 1224, secondo comma, cc; B) accertare e dichiarare, per tutte le causali esposte in narrativa, l'applicazione da parte della [REDACTED] di illegittime commissioni implicite in occasione della stipula ed estinzione dei contratti derivati stipulati dalla società [REDACTED]. (poi [REDACTED] [REDACTED]) del 12.05.2006, del 01.12.2006, del 06.02.2007, del 07.09.2007, pari ad euro 380.222,84, o a quella maggiore o minore somma che verrà provata o ritenuta di giustizia, e di conseguenza condannare [REDACTED], in persona del legale rappresentante pro tempore, a titolo di responsabilità contrattuale e/o precontrattuale e/o extracontrattuale ovvero ai sensi e per gli effetti dell'art. 2033 c.c. al pagamento in favore della società [REDACTED] della somma di € 380.222,84, o di quella maggiore o minore che verrà ritenuta provata o di giustizia, corrispondente alle commissioni implicite illegittime applicate dall'istituto, oltre a interessi e rivalutazione monetaria ed al maggior danno ex art. 1224 c.c. dalla data del dovuto al saldo effettivo. In via subordinata: nella denegata e non creduta ipotesi di accoglimento dell'avverso appello, riformare la sentenza n. 599/2017 emessa dal Tribunale di Rimini, e accogliere, anche in virtù dell'appello incidentale svolto, le domande formulate da [REDACTED] nel giudizio di primo grado che si ritrascrivono integralmente di seguito: in via principale, alternativamente, nel merito: 1) con riferimento al contratto irs multifase del 2.10.2008: A) accertare e dichiarare, per tutte le causali esposte, la nullità del contratto derivato Interest Rate Swap multifase previa declaratoria, se ritenuto, di nullità/insistenza/invalidità del contratto quadro denominato "Accordo normativo" del 06.10.2008; B) accertare e dichiarare, per tutte le causali esposte, il grave inadempimento ex artt. 1453 e 1455 c.c. della [REDACTED] nell'esecuzione del contratto derivato Interest Rate Swap multifase e conseguentemente la risoluzione del contratto medesimo e, se ritenuto, previa declaratoria di risoluzione per grave inadempimento del contratto quadro denominato "Accordo normativo" del 06.10.2008; C) accertare e dichiarare, per tutte le



causali esposte, l'annullamento del contratto derivato Interest Rate Swap multifase, se ritenuto previa declaratoria di annullamento del contratto quadro denominato "Accordo normativo" del 06.10.2008; D) in ogni caso, nel merito, unitamente all'accoglimento di una delle sopra formulate domande: accertare e dichiarare, per tutte le causali esposte, la responsabilità contrattuale e/o precontrattuale e/o extracontrattuale dell'intermediario finanziario e conseguentemente condannare [REDACTED], in persona del legale rappresentante pro tempore, alla restituzione di tutte le somme versate dalla società [REDACTED] [REDACTED] in esecuzione del contratto derivato irs multifase pari a euro 599.193,01, o a quella maggiore o minore somma che sarà ritenuta provata o liquidata di giustizia, oltre agli interessi, alla rivalutazione monetaria ed al maggior danno ex art. 1224 cc; 2) Con riferimento a tutti i contratti derivati: E) accertare e dichiarare, per tutte le causali esposte, l'applicazione da parte della [REDACTED] di illegittime commissioni implicite, con riferimento a tutti i contratti derivati stipulati dalla società [REDACTED] (ora [REDACTED]) pari ad euro 443.526,00, o in quella maggiore o minore somma che verrà provata o ritenuta di giustizia, e di conseguenza condannare [REDACTED], in persona del legale rappresentante pro tempore, a titolo di responsabilità contrattuale e/o precontrattuale e/o extracontrattuale ovvero ai sensi e per gli effetti dell'art. 2033 c.c. al pagamento in favore della società [REDACTED] della somma di € 443.526,00, o quella maggiore o minore che verrà ritenuta provata o di giustizia, corrispondente alle commissioni implicite illegittime applicate dall'istituto, oltre a interessi e rivalutazione monetaria ed al maggior danno ex art. 1224 c.c. dalla data del dovuto al saldo effettivo. In ogni caso, con vittoria di spese e competenze professionali, spese generali oltre a CPA e IVA come per legge di entrambi i gradi di giudizio. In via istruttoria, nella denegata e non creduta ipotesi in cui l'Ecc.ma Corte dovesse ritenere, in accoglimento delle avverse censure, di invalidare la CTU assunta in primo grado, la difesa di [REDACTED] chiede l'ammissione di una nuova Consulenza Tecnica d'Ufficio che risponda ai medesimi quesiti sottoposti al Consulente nominato in primo grado che si riportano in nota. Se ritenuto, alla luce delle infondate eccezioni

dell'appellante, al CTU potrà essere richiesto di determinare l'ammontare dei pagamenti/differenziali corrisposti da ██████████ in esecuzione dell'irs multifase del 02.08.2008.

concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

1.

Con sentenza n° 599 del 24 maggio 2017 il tribunale di Rimini - su domanda della ██████████ - pronunciava la nullità del derivato Irs multifase concluso dall'attrice con la ██████████ (poi incorporata da ██████ stipulato il 2-3 ottobre 2008.

Condannava quindi la convenuta a pagare all'attrice euro 512.611,20, quali somme indebitamente riscosse dalla ██████████ in esecuzione del derivato, oltre agli interessi legali dalla domanda.

Rigettava invece la domanda di ██████████ diretta ad ottenere la condanna di ██████ alla restituzione di commissioni implicite, percepite in forza di altri quattro contratti derivati stipulati il 12 maggio 2006, il 1° dicembre 2006, il 6 febbraio 2007 ed il 7 settembre 2007.

Compensava integralmente le spese di lite e poneva le spese di ctu per il 50% a carico di ciascuna parte.

2.

Il tribunale motivava come segue.

Disattendeva preliminarmente l'eccezione di clausola compromissoria sollevata dalla ██████████.

La clausola contenuta nel contratto quadro del 2 ottobre 2008 (art. 27) era inefficace per ██████ in quanto l'art. 6 del dlgs n° 179/07 stabilisce che tali clausole - ove il correntista sia cliente non professionale - siano efficaci solo per l'intermediario.

██████ doveva considerarsi cliente al dettaglio, essendo stata così qualificata nel questionario Mifid del 2 ottobre 2008.

Inoltre la ██████ non aveva allegato, né dimostrato, che le clausole fossero state oggetto di trattativa diretta.

Ad analoga conclusione doveva giungersi per la clausola del contratto quadro del 12 maggio 2006 (art. 18.2): essendo entrato in vigore il menzionato dlgs n° 179/07, la nuova normativa aveva determinato l'invalidità sopravvenuta della clausola contenuta in detto contratto quadro.



Nel merito, secondo il tribunale l'Irs multifase concluso nell'ottobre 2008 era nullo.

Il derivato, infatti, era stato concluso il 2-3 ottobre 2008, come si desumeva dai documenti in atti e dalla deposizione del teste ██████████, impiegato di filiale.

L'Irs non poteva dunque dirsi stipulato nella vigenza del contratto quadro siglato tra le parti il 6 ottobre 2008, in quanto ad esso precedente, e nemmeno nella vigenza del precedente contratto quadro del 12 maggio 2006, in quanto quest'ultimo - contrariamente alla previsione dell'art. 113 del Regolamento Consob di attuazione della c.d. Mifid I (Reg. n° 16190/07) - non era stato adeguato alle nuove norme entro il termine massimo previsto (30 giugno 2008).

Ne derivava la nullità del derivato dell'ottobre 2008 in quanto sottoscritto in mancanza di contratto quadro, nonché l'obbligo della ██████████ di restituire euro 512.611,20, quali somme indebitamente percepite in esecuzione del contratto di borsa e non contestate nell'ammontare.

D'altra parte, ██████████ non aveva interesse alla domanda di nullità del contratto quadro del 2008, posto che da tale pronuncia non sarebbe derivata all'attrice alcuna concreta utilità.

La condanna della ██████████ al pagamento della somma sopra precisata determinava l'assorbimento della richiesta di ██████████ diretta ad ottenere la condanna dell'██████████ al pagamento delle commissioni implicite lucrate sul derivato, in quanto dette commissioni erano necessariamente comprese nella somma indicata.

Gli interessi, presunta la buona fede della ██████████ e mancando l'indicazione di una diversa data di decorrenza da parte dell'attrice, dovevano essere riconosciuti dalla domanda.

Nessuna dimostrazione del maggior danno era stata fornita da ██████████.

Quanto agli altri quattro precedenti derivati osservava il tribunale che l'attrice, in relazione ad essi, non aveva formulato alcuna domanda di invalidità.

Pertanto non poteva nemmeno essere accolta la domanda di condanna di ██████████ alla restituzione di somme (commissioni implicite) percepite in forza di contratti non dichiarati nulli.



3.

Impugna [REDACTED] in base a due motivi.

[REDACTED] chiede la reiezione dell'appello principale e, a sua volta, impugna la sentenza con cinque motivi di appello incidentale.

In subordine e per l'ipotesi di accoglimento dell'appello, ripropone ex art. 346 cpc le domande e le eccezioni sollevate in primo grado.

-----<>-----

4.

Col **primo motivo** [REDACTED] si lamenta del rigetto dell'eccezione di clausola compromissoria.

Il tribunale avrebbe ritenuto che le clausole compromissorie (art. 18.2 del contratto 12 maggio 2006 e art. 27 del contratto 6 ottobre 2008) fossero inefficaci in quanto soggette al dlgs n° 179/07.

Al contrario, rimaneva ferma la possibilità di inserire nei contratti bancari una clausola di arbitrato di diritto comune.

Inoltre, le clausole erano state oggetto di trattativa tra le parti, tanto che [REDACTED] le aveva munite di doppia sottoscrizione ex art. 1341 cc.

[REDACTED] al momento della sottoscrizione del primo contratto quadro (12 maggio 2006), era operatore qualificato.

Il giudice aveva pronunciato l'inefficacia della clausola compromissoria contenuta in tale contratto senza eccezione di parte.

A medesime conclusioni doveva giungersi in ordine alla clausola compromissoria del contratto quadro del 6 ottobre 2008: anche per questa rimaneva ferma anche per tale contratto la possibilità di inserire nei contratti bancari una clausola di arbitrato di diritto comune.

Trattandosi di impresa di grandi dimensioni, [REDACTED] doveva considerarsi operatore qualificato, come confermato - del resto - dalla profilatura del cliente avvenuta nell'ottobre 2008.

L'art. 808 quater cpc prevede che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal rapporto.

5.

Il motivo è infondato.

Con la profilatura avvenuta in data 2 ottobre 2008 [REDACTED] è stata qualificata come "cliente al dettaglio" (si veda il doc. n° 22 di [REDACTED]).

Tale profilatura è avvenuta nel vigore della direttiva Mifid I e, dunque, del regolamento Consob n° 16190/07. Dal combinato disposto degli artt. 26, primo comma, lettere d) ed e), 35, terzo comma, lettere a) e b), 58, quarto e quinto comma, e delle disposizioni contenute nell'allegato n° 3 al citato regolamento Consob si desume che [REDACTED] e cliente possono convenire che quest'ultimo venga trattato come cliente al dettaglio. È pertanto evidente che - volta che tale convenzione sia intervenuta (come si deve presumere, in considerazione del tenore del questionario Mifid I) - la diversa qualificazione del cliente comporti anche le conseguenze previste dal dlgs n° 179/07, tra le quali (per quello che qui rileva) quella prevista dall'art. 6, a mente del quale la clausola compromissoria inserita nei contratti, stipulati con gli investitori, relativi ai servizi e attività di investimento, compresi quelli accessori, è vincolante solo per l'intermediario, a meno che questo non provi che sia frutto di una trattativa diretta.

E che tale trattativa non sia intervenuta nella presente vicenda lo si desume dalla assoluta mancanza di prova (il cui onere incombeva alla [REDACTED] della specifica negoziazione che sarebbe dovuta intercorrere tra [REDACTED] e [REDACTED] in ordine alla clausola predetta, nonché - prima ancora - dalle stesse allegazioni difensive di [REDACTED], secondo le quali la clausola sarebbe stata munita della doppia sottoscrizione ai sensi dell'art. 1341 cc (appello pagina 13).

Sul punto giova inoltre aggiungere che - una volta qualificata [REDACTED] quale cliente al dettaglio - è evidente che anche le clausole compromissorie contenute nei derivati anteriori a quello del 2-3 ottobre 2008 conservino vincolatività solo per l'azienda di credito in virtù di *ius superveniens*, come fondatamente dedotto da [REDACTED] sin dalla memoria ex art. 183, sesto comma, n° 1) cpc.

Da ultimo, la [REDACTED] insiste nell'affermazione di sussistenza di una clausola arbitrale di diritto comune. Tale interpretazione non può ricevere alcun plauso, giacché essa costituirebbe una elusione del disposto di legge non derogabile dell'art. 6 del dlgs 179/07.

6.



Col **secondo mezzo**, variamente argomentato, [REDACTED] si duole della violazione degli artt. 23 Tuf, 112 cpc, dell'omesso esame di un fatto decisivo discusso tra le parti e della violazione dell'art. 198 cpc, con conseguente nullità della ctu.

Deduce che - contrariamente a quanto ritenuto dal tribunale - il contratto derivato sarebbe stato concluso contestualmente o successivamente al contratto quadro del 6 ottobre 2008.

Infatti, sotto un primo profilo, [REDACTED] avrebbe formulato una proposta in data 2 ottobre 2008, seguita da una negoziazione del 3 ottobre 2008; [REDACTED] avrebbe perfezionato ed integrato tale proposta in data 6 ottobre 2008; quindi l'8 ottobre 2008 la proposta veniva confermata da entrambe le parti.

Peraltro, l'attrice non aveva mai affermato che l'Irs si fosse perfezionata in data anteriore al contratto quadro del 6 ottobre 2008, mentre era stato il tribunale, d'ufficio ed illegittimamente, a rilevare tale questione, ma errando nella indicazione delle date.

Peraltro, i quattro contratti Irs anteriori al 2008 erano stati conclusi sulla base del contratto quadro del 12 maggio 2006, mai impugnato da [REDACTED]: con la conseguenza che - anche accedendo alla tesi del tribunale - il contratto Irs dell'ottobre 2008 doveva comunque ritenersi concluso sulla base del contratto quadro del maggio 2006.

Quest'ultimo non poteva essere invalidato in base al solo rilievo del mancato adeguamento al Regolamento Consob n° 16190/07 nel termine del 30 giugno 2008, anche perché nessuna domanda in tal senso era stata formulata da [REDACTED], né tale nullità poteva essere rilevata d'ufficio in quanto avente natura "relativa" o di "protezione".

Con un ulteriore profilo [REDACTED] deduce che il tribunale avrebbe omesso di pronunciarsi in ordine all'eccezione di inammissibilità della domanda attorea di nullità del derivato 2008 a causa della mancata impugnazione del contratto quadro del 12 maggio 2006.

Con un terzo profilo, contenente varie censure, la [REDACTED] si duole della quantificazione della somma da restituire.

Il ctu avrebbe determinato in euro 127.990,91 le com-

missioni implicite/costi occulti da ripagare a [REDACTED]; ma anche tale quantificazione era stata contestata dal ctp di [REDACTED], il quale aveva altresì contestato la perizia [REDACTED] prodotta da [REDACTED] a sostegno delle proprie pretese.

Inoltre - quarto profilo - la consulenza d'ufficio sarebbe nulla, in quanto il ctu avrebbe utilizzato, senza il consenso delle parti e contrariamente al quesito posto dal giudice, documenti non prodotti in causa ("curva tassi Bloomberg" e "tassi forwards euribor 3m") ed avrebbe inoltre dato incarico ad un altro ausiliario di procedere a determinati accertamenti omettendo di provocare il contraddittorio delle parti.

Essa, inoltre, sarebbe viziata da errori algebrici e da conclusioni fondate su dati ignoti ai litiganti.

Nel calcolo del c.d. *mispricing* il ctu avrebbe compreso i margini di intermediazione, che sarebbero invece del tutto legittimi.

Da ultimo, la mancanza di alea bilaterale non provocherebbe la nullità del contratto.

Nella denegata ipotesi in cui la Corte dovesse riconoscere la violazione di doveri informativi da parte della [REDACTED], [REDACTED] chiede che sia applicato il criterio della responsabilità attenuata ex art. 2236 cc.

Ancora da ultimo, il contratto derivato, tenuto conto della condotta di [REDACTED] sarebbe stato comunque convalidato ai sensi dell'art. 1444 cc.

7.

Il primo profilo è fondato, mentre i rimanenti sono privi di pregio.

Dai documenti n° 28 ("modulo all. 1 «Conferma dell'operazione» datato 8.10.2008") e 29 ("modulo all. 2 «Accettazione della Conferma dell'operazione» datato 8.10.2008") di [REDACTED] si desume - senza possibilità di smentita - che l'Irs è stato concluso in data 8 ottobre 2008 mediante scambio di lettere, contenenti proposta ed accettazione.

Per contro il documento n° 21 di [REDACTED] ("modulo 2.10.2008 «Alla direzione finanza e intermediazione alla direzione gestione rischi» autorizzazione ad effettuare operazione in strumenti finanziari a firma [REDACTED] e customer desk [REDACTED]") costituisce un mero documento interno alla [REDACTED] e preliminare alla conclusione del



contratto, col quale [REDACTED] (oggi [REDACTED]) ed il funzionario di filiale hanno congiuntamente chiesto alla [REDACTED] dell' [REDACTED], nonché alla [REDACTED] della stessa, l'autorizzazione a concludere uno swap al di fuori dei mercati regolamentati (cd otc).

È pertanto evidente che l'Irs dell'8 ottobre 2008 sia retto da un contratto quadro, che è quello siglato da [REDACTED] il 6 ottobre 2008 ed allegato dall'attrice sub documento n° 23 ("contratto «Accordo normativo» 6 ottobre 2008").

Nessuna nullità dunque del derivato 8 ottobre 2008, in quanto concluso dopo la rinnovazione dell'accordo quadro intervenuta due giorni addietro.

Peraltro, anche accedendo alla tesi di [REDACTED] (recepita dal tribunale, ma smentita dai documenti sopra indicati), è vero che il regolamento intermediari n° 16190/2007 prescrive in via transitoria (art. 113) che le aziende di credito debbano procedere all'adeguamento dei contratti pendenti "in occasione del primo contatto utile o, in mancanza, entro il 30 giugno 2008", ma è pure vero che la conseguenza di un eventuale mancato adeguamento non consiste nella nullità sopravvenuta dei singoli contratti di borsa conclusi prima dell'aggiornamento, ma - a tutto concedere - nella nullità degli accordi quadro in vista della conclusione di nuovi ordini, il che esula dalla fattispecie concreta qui esaminata.

Il secondo profilo è infondato, per quanto sopra detto. Del terzo profilo si dirà oltre, al successivo paragrafo 8.

Il quarto profilo non può ricevere alcuna approvazione. La nullità della ctu (a causa della nomina di un ausiliario del ctu) è assolutamente infondata, sol che si consideri che tale nomina è stata autorizzata nel contraddittorio delle parti all'udienza del 4 marzo 2014 davanti al tribunale e che il provvedimento autorizzativo del primo giudice è stato emesso senza alcuna opposizione della [REDACTED]. Del pari, l'eccezione è altresì infondata sotto il profilo della lesione del contraddittorio, poiché il ctu ha trasmesso al ctp della [REDACTED] la bozza dell'elaborato

peritale, sul quale poi sono state formulate le osservazioni del ctp dell'odierna appellante.

Inoltre, quanto all'uso da parte del ctu di documenti non prodotti in causa ("*curva tassi Bloomberg*" e "*tassi forwards euribor 3m*"), rileva il Collegio che la consulenza tecnica di ufficio, non essendo qualificabile come mezzo di prova in senso proprio, perché volta ad aiutare il giudice nella valutazione degli elementi acquisiti o nella soluzione di questioni necessitanti specifiche conoscenze, è sottratta alla disponibilità delle parti ed affidata al prudente apprezzamento del giudice di merito.

Questi può affidare al consulente non solo l'incarico di valutare i fatti accertati o dati per esistenti (consulente deducente), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulente percipiente), ed in tal caso è necessario e sufficiente che la parte deduca il fatto che pone a fondamento del suo diritto e che il giudice ritenga che l'accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche (Cass. n° 6155/2009; in senso conforme, Cass. n° 2069/2013).

Nessuna nullità della ctu, dunque. E sul punto deve solo aggiungersi che il ctu ha ben chiarito (pagine 40-41) che le elaborazioni del ctp di ██████ in tema di mtm rispondono a criteri ragionieristici e non di matematica finanziaria: donde la loro infondatezza ai fini del calcolo del *fair value* dei derivati.

Da ultimo, del tutto irrilevante è invocazione, da parte dell'appellante, degli artt. 2236 e 1444 cc, posto che nella presente vicenda non si verte in tema di violazione di doveri informativi, né di annullabilità del derivato.

8.

Si passa ora all'esame del terzo profilo, concernente le somme in contestazione, che - per ragioni di connessione - va esaminato unitamente al primo ed al terzo motivo di appello incidentale.

Col **primo motivo di appello incidentale** ██████ deduce che l'importo da restituire non ammontava ad euro 512.611,20, come stabilito dal tribunale, ma ad euro 599.193,01, come risultava dalla somma dei pagamenti eseguiti da ██████ in esecuzione del derivato.

Col **terzo mezzo di appello incidentale** censura la sen-



tenza nella parte in cui ha disatteso la domanda di condanna di ██████ a pagare le commissioni implicite - consistenti nella differenza tra il *mark to market* (mtm) e l'*up-front* pagato dalla ██████ - sui quattro derivati anteriori, sull'assunto che essa non avrebbe formulato alcuna domanda di invalidità di tali contratti.

Sennonché ██████, pur non avendo formulato tale domanda, aveva formulato domanda risarcitoria ed il ctu aveva quantificato in euro 380.222,84 le commissioni implicite o costi occulti illegittimamente addebitati da ██████ in fase di sottoscrizione ed in euro 139.440,51 le commissioni implicite o costi occulti illegittimamente addebitati in fase di estinzione, il tutto in violazione delle disposizioni normative che impongono alla ██████ di comportarsi con trasparenza e correttezza e di contenere i costi a carico dei clienti.

9.

Il terzo profilo del secondo motivo dell'appellante è infondato, mentre sono fondati i due motivi di appello incidentale (fatta eccezione per il *quantum* preteso da ██████).

Come si è visto, il tribunale ha condannato la ██████ a restituire euro 512 mila per somme indebitamente riscosse in base al derivato del 2008 sul presupposto (erroneo) della sua nullità, mentre ha ritenuto che i quattro derivati precedenti non fossero stati impugnati.

In realtà il derivato del 2008 non è nullo - e di tale conclusione si è fornita spiegazione nel precedente paragrafo 7 - mentre in relazione ai quattro derivati anteriori al 2008 ██████ ha sempre chiesto, sin dal ricorso introduttivo del giudizio ex art. 702 bis cpc (pagina 44), la condanna di ██████ "a titolo di responsabilità contrattuale e/o precontrattuale e/o extracontrattuale ovvero ai sensi e per gli effetti dell'art. 2033 cc". I quattro derivati anteriori erano dunque compresi nel *thema decidendum*.

Ora, dalla ctu è emerso che la ██████ al momento della conclusione dei cinque Irs ha omesso di corrispondere al cliente parte del cd *up-front*, ossia la differenza tra il tasso fisso (cd "*gamba fissa*" del derivato) ed i pronosticati tassi variabili attualizzati (cd "*gamba*

variabile").

Del pari, al momento della risoluzione consensuale dei predetti derivati è mancata, sempre da parte della ██████, la corresponsione alla cliente di parte dell'importo dovuto a titolo di *fair value*, ossia di valore di sostituzione, ancora una volta corrispondente alla differenza tra il tasso fisso (cd gamba fissa del derivato) ed i (pronosticati) tassi variabili attualizzati (cd gamba variabile).

Più in particolare, dalla ctu (pagine 8 e ss e, in particolare, 30 e 31) si apprende che la ██████ in fase di sottoscrizione dei cinque Irs ha versato a ██████ solo parte delle somme dovute a titolo di *up-front*, onde colmare il valore del derivato (*mtm*) a sfavore del cliente, omettendo di pagare a ██████ complessivi euro 368.773,24; si apprende inoltre che in sede di risoluzione dei quattro *swap* (quello del 2008 è stato "sospeso" in sede cautelare dal tribunale e, pertanto, non è stato compreso dal ctu nel calcolo) ha, ancora una volta, versato parzialmente quanto dovuto a titolo di *mtm*, omettendo di pagare alla cliente euro 139.440,51.

Per tutti i derivati il ctu ha osservato che le differenze tra quanto dovuto e quanto pagato dalla ██████ "[potrebbe] riflettere le commissioni di intermediazione trattenute dall'intermediario".

Senonché nei documenti attorei n° 4-29 non è dato individuare alcuna clausola contrattuale (né nei contratti-quadro del 12 maggio 2006 e del 6 ottobre 2008, né nei singoli ordini di borsa) che specifichi quanto dovuto dal cliente alla ██████ per oneri diversi dalla differenza tra le due *cdd* "gambe".

Peraltro solo il primo Irs aveva delle componenti opzionali (clausola *floor* e *digital floor*) suscettibili di remunerazione separata in favore dell'intermediario, mentre per gli altri contratti il differenziale era dato unicamente dallo scarto tra le due "gambe" (ctu pagina 28 e 29): pertanto, per questi ultimi derivati è escluso che le somme indicate dal ctu potessero essere imputate a "margini di intermediazione" (secondo motivo, quarto profilo), peraltro non meglio definiti dall'appellante.

In conclusione, dato che era onere della ██████ dimostrare che le differenze non pagate (euro 368.773,24 in



sede di sottoscrizione degli Irs ed euro 139.440,51 in sede di risoluzione) fossero dovute da [REDACTED] per opzioni, clausole o servizi diversi forniti dall'[REDACTED] [REDACTED] in sede di sottoscrizione e risoluzione dei derivati, è evidente che le somme sopra indicate devono essere considerate come *mispricing*, ossia come scarto tra le due "gambe" di cui si è già sopra detto.

Ne deriva, ancora, che la [REDACTED] va condannata a pagare a [REDACTED] euro 508.513,75, pari alla somma di euro 368.773,24 e di euro 139.440,51.

Da respingere, invece, la richiesta di [REDACTED] diretta ad ottenere la restituzione di tutti gli importi da lei pagati nel corso dell'esecuzione dei derivati, quantificati in euro 599.193,01 (i cui addendi sono meglio specificati a pagina 30-31 della comparsa di costituzione di [REDACTED] e, da ultimo, a pagina 21 della conclusione).

10.

Col **secondo mezzo di appello incidentale** [REDACTED] lamenta che il tribunale abbia dichiarato la carenza di interesse dell'attrice ad ottenere la declaratoria di nullità del contratto quadro del 2008, sull'erroneo presupposto che detta pronuncia non avrebbe arrecato alla società alcuna ulteriore utilità oltre a quella già ottenuta con la dichiarazione di nullità dell'Irs di maggio 2008, mentre esisteva un indirizzo giurisprudenziale che reputava imprescindibile la statuizione invocata, a prescindere dagli effetti concreti prodotti.

Il motivo deve considerarsi assorbito in ragione di quanto esposto ai precedenti paragrafi.

11.

Col **quarto mezzo** [REDACTED] lamenta che il tribunale abbia fatto decorrere gli interessi sulle somme da restituire dalla domanda e non dai singoli pagamenti, come peraltro richiesto sin dall'atto introduttivo.

Anche il maggior danno andava riconosciuto in considerazione del debito della [REDACTED], che era di valuta.

Anche questo motivo è fondato.

Posto che l'intermediario avrebbe dovuto pagare a [REDACTED] gli importi indicati dal ctu nella tabella a pagina 30 della relazione in sede di sottoscrizione dei derivati e nella tabella a pagina 31 della relazione in sede di



risoluzione di essi, gli interessi legali ex art. 1284 cc devono decorrere sulle somme indicate nelle due predette tabelle a far tempo dalle singole date di sottoscrizione e risoluzione dei contratti, trattandosi - in sostanza - di crediti liquidi ed immediatamente esigibili dalla società cliente.

12.

Col **quinto mezzo** [redacted] si duole della ingiusta compensazione delle spese.

Il motivo è fondato.

Il tribunale ha compensato integralmente le spese di lite (ponendo a carico di ciascuna l'obbligo di pagare il 50% delle spese di ctu) sull'assunto - non condivisibile - della reciproca soccombenza.

In realtà [redacted] ha dovuto agire in giudizio per ottenere soddisfazione del proprio credito e l'accoglimento della domanda, anche se per somma inferiore a quella domandata in via principale, avrebbe giustificato una riduzione degli onorari, con liquidazione corrispondente alla somma attribuita.

12.

Per la stessa ragione le spese del presente grado vanno poste a carico di [redacted], sostanzialmente soccombente nonostante l'accoglimento del primo profilo del secondo mezzo di gravame.

Per la liquidazione di esse - fatta in base alla somma assegnata alla vincitrice ed al dm n° 55 del 2014 - si rimanda al dispositivo che segue.

p. q. m.

la Corte, a definizione del giudizio, ogni contraria e diversa istanza, eccezione, deduzione disattesa, così provvede:

I. in parziale riforma della sentenza 22 maggio 2017 del tribunale di Rimini, rigetta la domanda di nullità del derivato di borsa Irs multifase del 6 ottobre 2008;

II. condanna la [redacted] a pagare a [redacted] euro 508.513,75, oltre agli interessi legali ex art. 1284 cc sulle singole somme indicate nelle tabelle di cui a pagina 30 e 31 della ctu a far tempo dalle singole date di sottoscrizione e risoluzione dei contratti di swap;

III. condanna la [redacted] a rifondere a [redacted] le spese dei due gradi di giudizio, che liquida in euro 21.000,00

quanto al primo ed in euro 19.000,00 quanto al presente grado di giudizio, oltre al rimborso forfettario delle spese in ragione del 15%, oltre al cp ed all'iva, se dovuta;

IV. pone ad esclusivo carico della [REDACTED] le spese di ctu come liquidate dal tribunale.

Così deciso in Bologna l'8 ottobre 2019, nella camera di consiglio della terza sezione.

**Il presidente
Anna De Cristofaro**

Varotti est.